

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL RECURSO DE NULIDAD EN MATERIA PENAL

Por Manuel E. Rodríguez Vega*

En el presente trabajo se repasa el tratamiento reciente dado por la Sala Penal de la Corte Suprema - en adelante, CS- a específicos asuntos y materias relacionadas con la admisibilidad, prueba y fallo del recurso de nulidad del Código Procesal Penal -en adelante, CPP-, acotándose este estudio a sus causales de las letras a) y b) del artículo 373 CPP, y e) del artículo 374 CPP, por corresponder aquéllas a las que -la segunda bajo las condiciones del artículo 383 CPP- dan competencia a la Corte Suprema para el conocimiento de este medio de impugnación, y la última, dada su relevancia y la frecuencia de su interposición.

Conviene prevenir que no se intenta un examen dogmático y doctrinal en relación a este arbitrio, sino que nos centraremos en la exposición y examen de la jurisprudencia reciente del Máximo Tribunal, buscando descifrar algunas líneas constantes de razonamientos, que sea provechoso para los operadores del sistema judicial, principalmente defensores, fiscales y querellantes.

I. CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 LETRA A) CPP¹

1. LA DECISIÓN IMPUGNADA DEBE REVESTIR LA NATURALEZA DE SENTENCIA DEFINITIVA

Por lo anterior, resulta inadmisibile la causal en análisis tratándose de lo resuelto sobre penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, como se pronunció el Rol N° 30.505-20 de 7 de abril de 2020, adhiriendo la CS a la tesis de la desintegración o disgregación de la sentencia definitiva: *“Que la determinación de la modalidad de cumplimiento de la sanción, en este caso, no goza de la naturaleza de decidir la cuestión sometida al conocimiento del tribunal, sino que corresponde a una resolución adicional cuyo pronunciamiento ha de hacerse en el fallo definitivo, pero que no por ello, comparte su calidad. Por tal motivo es que, adicionalmente, dicha decisión es susceptible de recurso de apelación.”*

2. REVISIÓN DE LA CALIDAD DE LA DEFENSA ES UN ASUNTO AJENO A ESTA CAUSAL

La CS no ha admitido a tramitación los recursos mediante los cuales se persigue la revisión del desempeño del abogado defensor en el juicio, como en el Rol N° 33.343-20 de 14 de abril de 2020: *“la valoración de la actuación profesional no es un asunto sobre el cual deba pronunciarse este Tribunal y escapa además, a la naturaleza del recurso de nulidad, apareciendo del contenido del presente arbitrio, que el actual representante del acusado discrepa de la calidad que tuvo la defensa ofrecida por quien la condujo en las audiencias de preparación de juicio oral y de juicio oral, de modo que la pretensión invalidatoria no puede prosperar.”*²

La motivación entregada por la CS no se encuadra claramente en alguna de las causales de inadmisibilidad previstas en los artículos 380 y 383 CPP, sobretodo si en la resolución comentada parece adelantarse un pronunciamiento sobre el fondo de lo planteado por el recurrente, ya que dirimir si se trata de una mera discrepancia sobre el desempeño del defensor anterior o una auténtica situación de indefensión, requiere conocer los antecedentes de la causa y escuchar a las partes en la audiencia. Esta línea jurisprudencial, además crea el riesgo de excluir de revisión y enmienda, situaciones donde objetivamente la actuación del letrado no superó el umbral mínimo que debe

* Profesor Asistente Adjunto, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Talca. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: merodrig@uc.cl. Este texto corresponde a un extracto de la capacitación efectuada para la Defensoría Penal Pública los días 17 y 18 de noviembre de 2020.

¹ Artículo 373 letra a) CPP: *“Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”*

² En el mismo sentido, el Rol N° 2.892-20 de 4 de febrero de 2020 y Rol N° 42.873-20 de 30 de abril de 2020.

garantizar el Estado, peligro que al menos se disipa si, en vez de declarar inadmisibile este reclamo, se lo subsume en la causal del artículo 374 letra c) CPP y se remite a la Corte de Apelaciones competente su conocimiento.

3. EXAMEN DE ADMISIBILIDAD

En lo concerniente a este examen, la CS ha expresado en el Rol N° 26.890-19 de 27 de febrero de 2020: *“que el recurso de nulidad es un medio de impugnación de carácter extraordinario y de derecho estricto lo que obliga a quien recurre, a ajustarse estrictamente a la normativa que lo regula y su procedencia es limitada, debiendo respetarse en su interposición las causales que la ley contempla y las formalidades, en orden a precisarlas con claridad así como los vicios o infracciones en que se fundan.”* Sin embargo, como se observa en los fallos revisados, la CS suele dar tramitación a recursos de nulidad con defectos que permitirían declarar su inadmisibilidad, aun cuando esos defectos generalmente tienen incidencia posterior, al constituir la causa principal o una adicional de su rechazo.

3.1. Fundamentos de hecho y derecho del recurso

De ser errados -no ausentes- los fundamentos de hecho en que se construye el recurso, la CS ha declarado su inadmisibilidad cuando ello resulta patente, como en el Rol N° 15.031-20 de 17 de febrero de 2020, causa en la que se protesta porque un Juzgado de Garantía habría omitido escriturar y notificar la sentencia dictada, pero constatando la CS que ésta sí se leyó en la audiencia respectiva y su texto se ingresó al sistema de apoyo a la gestión judicial (SIAG), por lo que declara que *“al no ser efectivos los hechos constitutivos de la causal de nulidad interpuesta, el recurso carece de manifiesta falta de fundamentos, lo que conlleva necesariamente que éste sea desestimado de plano.”* Para llegar a esa temprana conclusión, la CS debió revisar el sistema SIAG, con lo que resuelve el fondo de la controversia en el examen de admisibilidad dado lo evidentemente erróneo del planteamiento del recurrente. Tanto es así que, sin perjuicio de declarar en lo resolutive inadmisibile el arbitrio, en la parte considerativa transcrita indica que será *“desestimado de plano”*.³

En el Rol N° 33.124-20 de 9 de abril de 2020, se determina la inadmisibilidad del arbitrio al considerar que la descripción de la infracción que lleva a cabo *“no señala los vicios incurridos en la sentencia, así como la sustancialidad del mismo”*, incumpliendo *“las exigencias previstas en el artículo 378 del Código Procesal Penal”*. Con la alusión a esta disposición, la CS parece asumir que la *“sustancialidad”* de la infracción forma parte de los *“fundamentos de derecho”* que debe contener el libelo y, por ende, que su omisión puede justificar la referida decisión.

Por otra parte, se ha resuelto la inadmisibilidad de los recursos que no expresan cómo se afectó el debido proceso ni cómo específicamente ello ocurrió, como en el Rol N° 72.219-20 de 7 de julio de 2020: *“no se señala por el recurrente específicamente la manera como esta supuesta discriminación arbitraria respecto de co partícipes en los hechos en igual situación afectaría el derecho al debido proceso, así como la forma en que específicamente esto hubiese acaecido, vulnerándose con ello la exigencia de fundamentación exigida en la Ley, razón por la cual, dicha causal será declarada inadmisibile.”*⁴

Como se adelantó, si el recurrente omite señalar con claridad en qué consiste el defecto o actuación irregular, cuáles son los derechos fundamentales infringidos, o cómo con aquéllos se afecta sustancialmente éstos, no obstante que logre sortear el examen de admisibilidad, probablemente tales olvidos constituirán parte del motivo del rechazo del recurso al conocer el fondo, como se sentenció en el Rol N° 14.771-20 de 16 de abril de 2020: *“La alegación de que el arma no fue debidamente sellada y que no se consignó la hora de su supuesto levantamiento debe igualmente ser desechada, al no explicitar el recurso cómo ello afecta sustancialmente el derecho de defensa del acusado”*.

3.2. Invocación mediante la causal de la letra a) del artículo 373 CPP de vicios correspondientes a otras causales

³ No está de más apuntar que el artículo 383 CPP no exige que la falta de fundamentos sancionada con la inadmisibilidad sea *“manifiesta”*, a diferencia del artículo 782 del Código de Procedimiento Civil que requiere tal carácter para rechazar de inmediato, en cuenta, un recurso de casación en el fondo.

⁴ Igualmente el Rol N° 36.173-19 de 19 de diciembre de 2019 y Rol N° 76.397-20 de 7 de julio de 2020.

En algunas oportunidades, el recurrente echa mano a la causal de la letra a) del artículo 373 CPP como un “caballo de Troya”, pues a través de ella se queja por defectos o errores que corresponden en verdad a otras causales, con el probable objetivo de dar competencia a la CS para el conocimiento de una materia que naturalmente corresponde a las Cortes de Apelaciones.⁵ Ante ello, este tribunal, según el caso, declara el arbitrio inadmisibile, lo reenvía a la Corte de Apelaciones conforme al artículo 383 CPP o trata ese asunto al resolver el fondo.

3.2.1. Inadmisibilidad

La CS ha declarado en el Rol N° 15.033-20 de 14 de febrero de 2020, la inadmisibilidad del recurso en el que mediante la causal de la letra a) del artículo 373 CPP, se arguye que la conducta sancionada corresponde a autocultivo de cannabis sativa para consumo personal y no a cultivo de cannabis sativa sancionado en el artículo 8 de la Ley N° 20.000, porque *“lo alegado por el impugnante dice relación con la errónea aplicación del derecho, cuestión que, a pesar que se invocan garantías constitucionales que se dicen vulneradas, aquello constituye más bien la causal de nulidad del literal b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la que no es procedente reconducir a una Corte de Apelaciones.”*⁶

3.2.2. Remisión a Corte de Apelaciones conforme al artículo 383 CPP⁷

a. Reconduce a causal de la letra b) del artículo 374 CPP⁸

En el Rol N° 40.950-19 de 8 de enero de 2020 se resolvió que *“los hechos que configuran la causal, que se han señalado como infracción de garantías constitucionales, en realidad constituye un reclamo propio de la causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal, en cuanto a que el juicio oral se reanudó sin la presencia del acusado, toda vez, que la norma legal antes citada establece que ‘cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286’”*.⁹

b. Reconduce a causal de la letra c) del artículo 374 CPP¹⁰

Es la situación de reenvío más común, muestra de lo cual es el Rol N° 42.804-20 de 30 de abril de 2020, proceso en el que el tribunal de juicio oral en lo penal -en adelante, TJOP- no accedió a la petición de fijar una nueva fecha para la audiencia de juicio, solicitud fundada en que uno de los testigos tiene domicilio en Perú y, ante el cierre de las fronteras, le resultaba imposible prestar declaración, expresando la CS que: *“lo que se reprocha por la letra a) del artículo 373 al fallo de primera instancia, en realidad se trataría de supuestos impedimentos para ejercer ciertas facultades y derechos que la Ley le otorga a la defensa, lo que es materia de control del artículo*

⁵ Lo que la CS reprocha derechamente en el el Rol N° 26.890-19 de 27 de febrero de 2020, al referir *“que forzar los argumentos para ubicar la discusión en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, conlleva artificialmente a alterar la competencia natural que el proceso penal ha radicado en las Corte de Apelaciones”*.

⁶ Asimismo, Rol N° 36.736-19 de 23 de diciembre de 2019. Misma decisión en el Rol N° 104.407-20 de 16 de septiembre de 2020, donde se impugna la sentencia que no da lugar a declarar la media prescripción de la acción penal.

⁷ El artículo 383 CPP, en sus inciso 3° dispone: *“si el recurso se hubiere deducido para ante la Corte Suprema, ella no se pronunciará sobre su admisibilidad, sino que ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que, si lo estima admisible, entre a conocerlo y fallarlo, en los siguientes casos: a) Si el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), y la Corte Suprema estimare que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el artículo 374”*.

⁸ Artículo 374 letra b) CPP: *“Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286”*.

⁹ Cabe notar que la presencia del acusado en el juicio no se regula en dichas disposiciones, sino en el artículo 285 CPP, lo que precisamente puede haber motivado al recurrente a valerse de la causal de la letra a) del artículo 373 CPP.

¹⁰ Artículo 374 letra c) CPP: *“Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga”*.

374 letra C) razón por la cual, se procederá en la forma que autoriza el artículo 383 de ese cuerpo legal”.¹¹

c. *Reconduce a causal de la letra d) del artículo 374 CPP*¹²

En el Rol N° 7.893-20 de 11 de febrero de 2020, se reclama “la infracción al debido proceso, a los principios de oralidad, concentración e inmediación, desde que el juicio oral, se suspendió entre el 2 de enero y el 9 de enero recién pasado, afectando en consecuencia la imparcialidad del tribunal y la forma de generarse convicción y llegar así a la decisión de condena”, explicando la CS que “los hechos que configuran la causal principal, los que se han señalado como infracción de garantías constitucionales, en realidad constituye un reclamo propio de la causal del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal, razón por la cual, se procederá en la forma que autoriza el artículo 383 de ese cuerpo legal.”¹³

d. *Reconduce a causal de la letra e) del artículo 374 CPP*¹⁴

En el Rol N° 124.395-20 de 20 de octubre de 2020 se procede en la forma que autoriza el artículo 383 CPP, toda vez que “lo que se reprocha por la letra a) del artículo 373 [vulneración de la garantía de la presunción de inocencia, el debido proceso y una errónea valoración de la prueba]. constituye un reclamo propio de la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en razón de la valoración efectuada a la prueba que reclama su incorporación.”¹⁵

e. *Reconduce a causal de la letra f) del artículo 374 CPP*¹⁶

En el Rol N° 30.473-20 de 25 de marzo de 2020, se adujo por el recurrente “una vulneración al debido proceso, ya que el tribunal se excedió en sus facultades y esclareció un punto que el Ministerio Público no hace en su acusación, con lo que lo privó a su parte de poder solicitar la absolución de su representada o llevar a cabo una estrategia de defensa distinta a la planteada en el juicio”, contestando la CS que “lo que se reprocha por la letra a) del artículo 373 al fallo de primera instancia, en realidad se trataría como lo señala el Ministerio Público a un cuestionamiento a las reglas del principio de congruencia, lo que es materia de conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva de conformidad al artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal.”¹⁷

3.2.3. Tratamiento en la sentencia

En el Rol N° 26.890-19 de 27 de febrero de 2020 se acusa por el recurrente la falta de imparcialidad y la infracción al debido proceso en la valoración de la prueba mediante la causal de la letra a) del artículo 373 CPP, pero la CS estima que se trata más bien de la causal de la letra e) del artículo 374 CPP y lo señala como uno de los motivos para rechazar el arbitrio: “Lo que parece discutir la recurrente más que una infracción al debido proceso o una falta de imparcialidad del tribunal es un reproche a la forma en que los jueces valoraron la prueba y el establecimiento de los hechos, causal que no se condice con la expuesta sino con el artículo 374 letra e) y lo propio acontece con la adecuada fundamentación de las sentencias”.¹⁸

En el Rol N° 4.949-15 de 4 de junio de 2015, en cambio, dado que también se invocó el error denunciado con la causal de la letra a) -que la CS califica como atingente a la interpretación de la

¹¹ También sobre esta materia, Rol N° 42.873-20 de 30 de abril de 2020, Rol N° 78.852-20 de 14 de julio de 2020 y Rol N° 95.056-20 de 1 de septiembre de 2020.

¹² Artículo 374 letra d) CPP: “Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio”.

¹³ Sobre lo mismo, Rol N° 41.140-19 de 8 de enero de 2020.

¹⁴ Artículo 374 letra e) CPP: “Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”.

¹⁵ Misma determinación en el Rol N° 2.894-20 de 11 de febrero de 2020, Rol N° 14.768-20 de 11 de febrero de 2020, Rol N° 30.154-20 de 8 de abril de 2020, Rol N° 97.367-20 de 1 de septiembre de 2020 y Rol N° 97.243-20 de 1 de septiembre de 2020.

¹⁶ Artículo 374 letra f) CPP: “Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341”.

¹⁷ Igual decisión en el Rol N° 20.925-20 de 3 de marzo de 2020 y Rol N° 104.174-20 de 16 de septiembre de 2020.

¹⁸ Mismos razonamientos en Rol N° 244-20 de 14 de febrero de 2020.

ley sustantiva-, mediante la causal de la letra b) del artículo 373 CPP, deducida como causal subsidiaria, la CS omite pronunciamiento sobre aquélla y se pronuncia sobre el error denunciado en ésta: *“Que en relación a la causal principal, una atenta lectura de su motivación evidencia que las garantías fundamentales se denuncian infringidas porque el fallo no las considera a los efectos de calificarse los hechos, cuya aplicación habría llevado a estimar que la conducta atribuida a la acusada no es antijurídica por concurrir una causal legal de justificación en favor de ésta, faltando de ese modo uno de los elementos del delito contemplado en el artículo 8° de la Ley N° 20.000 para la punición de la conducta. Lo anterior importa, entonces, que las referidas normas que contienen las garantías y derechos se invocan como elementos de interpretación que habrían de incidir y determinar los alcances de la causal de justificación mencionada, y, en definitiva, de la conducta prohibida en el citado artículo 8°, pero, a su respecto, no se llega a sostener una vulneración directamente relacionada con la decisión, alegación que por su razonamiento se acomoda en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, de manera que la fundamentación de esta causal principal es coincidente con la que sirve para sostener la segunda causal subsidiaria afincada en la mencionada letra b). De allí que, con ocasión del estudio de la segunda causal subsidiaria de nulidad, si fuere necesario, esta Corte se abocará a examinar si la sentencia recurrida descuidó la debida consideración de las garantías y derechos que se plantean en esta causal principal, al no aplicar la causal de justificación argüida por la defensa.”* Con esta maniobra el recurrente logró el efecto deseado de dar competencia a la CS, la que acogió en definitiva el recurso por la causal subsidiaria. De no haberse invocado el mismo fundamento de la causal principal de la letra a) a través de la causal subsidiaria de la letra b), el resultado podría haber sido la inadmisibilidad del recurso, o sólo de la causal de la letra a) y la remisión de las restantes causales interpuestas a la Corte de Apelaciones.

3.3. Forma en que interponen las causales

Cabe destacar que el artículo 383 CPP no contempla la omisión del señalamiento de la forma en que se deducen las causales, como motivo de inadmisibilidad, sin embargo, en el Rol N° 29.124-19 de 22 de octubre de 2019, se declara tal sanción desde: *“que en el recurso interpuesto se invocan dos causales principales de nulidad sin señalarse la manera en que son interpuestas, incumpliendo con la exigencia prevista en el artículo 378 del Código Procesal Penal en orden a indicar si las causales se invocan en forma conjunta o subsidiariamente”*, con lo que la CS parece entender que tal indicación es parte de los fundamentos o peticiones concretas que debe contener el recurso.

4. PREPARACIÓN DEL RECURSO

La CS no ha requerido para cumplir con la preparación del recurso que exige el artículo 377 CPP¹⁹ que, tratándose de una infracción previa o coetánea a la detención del imputado, se solicite la declaración de ilegalidad de ésta en la audiencia de control de detención, lo que se halla en conformidad a lo enseñado en el Rol N° 5.132-11 de 18 de julio de 2011: *“la oportunidad procesal para reclamar la exclusión de pruebas por haberse obtenido con inobservancia de garantías constitucionales es, por esencia, la audiencia de preparación del juicio oral”*. Empero, concordantemente con dicha afirmación, en el Rol N° 62.816-20 de 9 de junio de 2020, en el que se acusa una infracción cometida en la entrada y registro a un inmueble objetada sólo en juicio oral, la CS declaró que: *“el recurso interpuesto no contiene la preparación que exige la ley, en razón que sólo se reclamó de los vicios del procedimiento en la audiencia de juicio oral, no obstante que los mismos tuvieron su génesis al inicio de la investigación.”*²⁰

Sí se demanda que se alegue en el juicio oral de la infracción cometida con anterioridad o durante la audiencia, mediante una solicitud de valoración negativa, condición necesaria, por lo demás, para que el TJOP sienta con la prueba rendida en el juicio los hechos que constituyen esa supuesta infracción que servirán de base para un eventual pronunciamiento de la CS. En esta línea se manifestó en el Rol N° 19.008-17 de 11 de julio de 2017: *“si bien en los alegatos de clausura de la defensa realizados en el juicio oral -como da cuenta lo extractado en el fallo, único antecedente que sobre ese punto se tiene- se arguyó que ‘el acusado fue sometido a un control de identidad*

¹⁹ Artículo 377 CPP: *“Preparación del recurso. Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regular el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto”*.

²⁰ También declarando la inadmisibilidad por la misma causal, el Rol N° 14.746-20 de 14 de febrero de 2020, Rol N° 2.893-20 de 4 de febrero de 2020, Rol N° 30.506-20 de 7 de abril de 2020 y Rol N° 63.023-20 de 9 de junio de 2020.

totalmente ilegal’, en dicho discurso no se solicitó derechamente que el tribunal valorara negativamente la declaración prestada por el acusado el día 14 de mayo de 2016 así como el resultado de las diligencias llevadas a cabo durante el supuesto control de identidad, por lo que ni siquiera las genéricas alegaciones efectuadas en esa oportunidad pueden considerarse como suficiente preparación del recurso, desde que no fueron acompañadas de ninguna concreta petición destinada a que en esa misma instancia se subsanara o impidiera la materialización de los perjuicios derivados del vicio que sostenía.”

No es infrecuente que la CS, ausente la adecuada preparación del recurso, en vez de declararlo inadmisibles, le dé tramitación y lo desestime al conocer del fondo por considerar que esa omisión demuestra la inexistencia de la infracción. Así aconteció en el Rol N° 14.771-20 de 16 de abril de 2020, en el que con la causal de la letra a) del artículo 373 CPP se reclama que la sentencia señala que el Ministerio Público le imputaría al acusado responsabilidad como autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal -en adelante, CP-, en circunstancias que en la acusación y en el auto de apertura sólo se indica que sería autor, sin precisar norma alguna, resolviendo la CS que, *“incluso de ser efectivo que esa disposición no se mencionó en la acusación y, por ende, en el auto de apertura, debió la defensa instar porque esa omisión fuera subsanada mediante la corrección de ese supuesto vicio formal en la audiencia de preparación del juicio oral, de conformidad al artículo 270 del Código Procesal Penal y, al no haberlo hecho, (...) más allá de evidenciar la falta de preparación del recurso, demuestra que esa falta no impidió el efectivo ejercicio del derecho de defensa en el juicio oral, lo que se reafirma, considerando que no se erigió como un obstáculo para haber argumentando en las instancias correspondientes del juicio oral que las actuaciones que en la acusación se le atribuyen al imputado no se encuadran en ninguno de los numerales del citado artículo 15, lo anterior, teniendo presente que, en definitiva, la correcta calificación de la participación corresponde al tribunal, el que no está vinculado a la que el Ministerio Público hubiese propuesto al formular los cargos.”*²¹

Ahora bien, si se trata de circunstancias propias o vividas por el imputado que, por ende, éste no podía desconocer, o que constaban en antecedentes de la investigación, no resulta excusable no haber reclamado oportunamente de ellas, como lo resolvió la CS en el Rol N° 19.008-17 de 11 de julio de 2017: *“Desde luego, no puede aceptarse, como lo arguye el recurrente, que sólo tuvo noticia de las irregularidades que denuncia en la audiencia de juicio oral al prestar declaración el funcionario de Carabineros Gutiérrez Riquelme, pues se trata de hechos y circunstancias vividos y experimentados por el propio acusado y, por ende, su conocimiento estaba a disposición de la defensa, sin perjuicio que todas las diligencias cuestionadas, así como la forma en que éstas se desarrollaron, constan en el Informe Policial N° 42 de 17 de mayo de 2016 confeccionado por la Primera Comisaría de Carabineros de Coyhaique, acompañado para dilucidar el punto en estudio por las partes querellantes en la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 382 del Código Procesal Penal, documento no desconocido en cuanto a su origen, integridad o contenido por el recurrente.”*

5. PRUEBA DE LOS HECHOS QUE CONSTITUYEN LA INFRACCIÓN²²

Tratándose de una transgresión que acontece durante el juicio oral sobre la cual no se pronuncia el TJOP en su sentencia, de la jurisprudencia examinada se desprende que debe acreditarse ante la CS la existencia del vicio con los medios atingentes. De ese modo, si se quebranta el derecho a un juez imparcial y al debido proceso por realizar un magistrado preguntas que exceden una mera petición de aclaración, o se manifiestan en un tono o con expresiones amenazantes, debe ofrecerse en el recurso la prueba que dé cuenta de ello, e incorporarla en la audiencia respectiva, tal como ocurrió en el Rol N° 8.644-14 de 19 de junio de 2014, donde los audios conocidos resultaron fundamentales para establecer un exceso intolerable en el interrogatorio del juez.²³

²¹ Similar disquisición, en el Rol N° 21.413-19 de 28 de octubre de 2019 y Rol N° 30.163-20 de 18 de mayo de 2020.

²² Artículo 359 CPP: *“Prueba en los recursos. En el recurso de nulidad podrá producirse prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, siempre que se hubiere ofrecido en el escrito de interposición del recurso./ Esta prueba se recibirá en la audiencia conforme con las reglas que rigen su recepción en el juicio oral. En caso alguno la circunstancia de que no pudiere rendirse la prueba dará lugar a la suspensión de la audiencia.”*

²³ Debe apuntarse que algunas Cortes de Apelaciones no permiten que esta prueba sea rendida durante la audiencia en que se conoce del recurso, entendiendo que ello resulta innecesario, desde que conforme al artículo 381 CPP, concedido el recurso, el tribunal debe remitir a la Corte copia del registro de la audiencia,

Ahora, si el atropello sobrevino durante la investigación, como ya se ha dicho, será denunciado por la parte interesada “también” en el juicio oral y, por tanto, objeto de prueba y debate en dicha instancia. En ese escenario, por regla general la CS se ciñe a los hechos fijados por el TJOP referidos a la infracción en cuestión, de manera que, aunque acepta y recibe la prueba ofrecida por el recurrente en la audiencia (parte policial, actas policiales, audios del juicio, etc.), en el fallo suele excusarse de su análisis. Así, en el Rol N° 2.519-18 de 26 de marzo de 2018 se expresa que *“en esta sede no pueden desconocerse dichos hechos, asentados por los magistrados del grado, para sustituirlos por aquellos consignados en la declaración del imputado en lo que dice relación al lugar donde efectuaba la transacción de la sustancia estupefaciente, pues ello significaría la posibilidad de transformar el recurso de nulidad en una nueva instancia para discutir los hechos ya fijados por el Tribunal y se instalaría de paso una oportunidad para que la defensa debata nuevamente los presupuestos fácticos establecidos por los sentenciadores de la instancia”*.²⁴

En algunos fallos la CS ha sentenciado que si la infracción alegada mediante la causal de nulidad en estudio conlleva implícitamente un cuestionamiento a los hechos establecidos por el tribunal de la instancia al desestimar esa infracción, debe buscarse la modificación de éstos a través de la causal de la letra e) del artículo 374 CPP, como en el Rol N° 14.733-20 de 13 de marzo de 2020, en el que el TJOP establece que el imputado tenía conocimiento suficiente para prever los efectos de la autorización que dio a policías para ingresar a su domicilio, concluyendo la CS que *“la calificación de insuficiencia pretendida por la defensa no es posible sea revisada por esta Corte dada la naturaleza del recurso deducido, pues ello implica la modificación de un hecho asentado por los jueces del fondo, como lo es el conocimiento que el encartado tenía de los efectos de la autorización. Sin que se haya invocado la causal pertinente para atacar ese hecho establecido”*.²⁵

Dicha argumentación es problemática, pues si en el recurso se arguye la causal de la letra e) del artículo 374 CPP para cuestionar la forma en que el TJOP sienta la descripción fáctica que constituye la infracción de garantías fundamentales alegada mediante la causal de la letra a) del artículo 373 CPP, pueden presentarse los siguientes escenarios: primero, si la causal de la letra e) del artículo 374 CPP se interpone en subsidio de la principal de la letra a) del artículo 373 CPP, no va a ser tenida en cuenta al resolverse ésta, es decir, la infracción se decidirá en base a los hechos que tiene por demostrados el TJOP; segundo, si la causal principal es la de la letra e) del artículo 374 CPP y la de la letra a) del artículo 373 CPP la subsidiaria, de acogerse aquélla, la CS no se pronunciará sobre ésta, remitiendo los antecedentes al TJOP para celebrar un nuevo juicio en el que podría repetirse el mismo error; y, tercero, si se deducen ambas causales conjuntamente, de prosperar la de la letra e) del artículo 374 CPP, la CS sólo podría ordenar repetir el juicio y no fijar correctamente los hechos de manera distinta al TJOP para, en base a estos novedosos hechos, dar lugar también a la causal de la letra a) del artículo 373 CPP.

6. SUSTANCIALIDAD DE LA INFRACCIÓN

El estudio de esta materia podría considerarse, en términos estadísticos, de la mayor relevancia, porque un elevado porcentaje de los recursos de nulidad presentados ante la CS es rechazado por no demostrar este extremo. Es así como habitualmente el Máximo Tribunal, en vez de analizar si existe o no una infracción a un derecho fundamental, pasa directamente a estudiar si la infracción puede catalogarse o no como sustancial. En otras palabras, en vez de dirimir si observa o no una infracción a una garantía fundamental, opta resolver si se presenta o no una infracción sustancial a la misma, no obstante que esto último, de ser la respuesta negativa, pueda implicar aceptar que existió una infracción pero no sustancial.

Más de una vez se ha zanjado si se presenta alguno de los resultados previamente examinados, dependiendo si la prueba rendida en el juicio sin conexión con aquella actuación a la que el impugnante endilga ilegalidad, resultaba o no igualmente suficiente para arribar a la convicción

estimando entonces que sólo de ser imprescindible para la resolución del arbitrio, los Ministros conocerían en “forma privada” de esos audios. Lo anterior es frontalmente contrario a lo dispuesto en el artículo 359 CPP, el que prescribe que la prueba *“se recibirá en la audiencia conforme con las reglas que rigen su recepción en el juicio oral”*, como se efectúa actualmente ante la CS, sin perjuicio de la obediencia de lo previsto en el citado artículo 381.

²⁴ También sobre lo mismo, Rol N° 24.703-20 de 2 de julio de 2020.

²⁵ De la misma forma en Rol N° 29.032-19 de 23 de diciembre de 2019, Rol N° 15.028-20 de 19 de marzo de 2020 y Rol N° 14.773-20 de 26 de marzo de 2020.

condenatoria, como en el Rol N° 90.633-20 de 11 de septiembre de 2020: *“Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, (...), situación que no se ha advertido en la especie, toda vez que, aun prescindiéndose de los testimonios de aquellos testigos que no depusieron en sede fiscal, los sentenciadores habrían estado en condiciones de arribar a la misma conclusión con la restante prueba de cargo.”*²⁶

Cabe advertir que el ejercicio que implícitamente efectúa la CS supone necesariamente sustituir el lugar de los jueces de la instancia y, en cierta forma, valorar nuevamente los antecedentes probatorios incorporados en el juicio, de manera de sopesar si aquellos no vinculados o vinculables a la ilicitud son bastantes todavía para mantener la convicción condenatoria, operación que, desde luego, se realiza conforme a la apreciación personal de los Ministros de la CS. Por otra parte, lo valorado para estos efectos ni siquiera será la misma prueba rendida en el juicio, sino el mero extracto, resumen o nota que de ella se ha hecho en el fallo impugnado, compendio que generalmente se confeccionará buscando destacar aquellos aspectos de la prueba que sirvieron a los sentenciadores para respaldar su veredicto condenatorio, por lo que el conocimiento de la CS para adoptar esta decisión es altamente fragmentario y de baja calidad. Lo anterior además se efectúa mediante soluciones de corte aritmético, como afirmar, por ejemplo, que de abstraer un testimonio del cúmulo probatorio, todavía se contaría con otros dos testigos que entregan el mismo relato, dejando de lado la relevancia y peso que individualmente le hayan otorgado los jueces a cada testigo según lo apreciado directamente en su examen y contraexamen (por ejemplo, el testigo excluido es presencial y los que se mantienen son testigos de oídas de la víctima).

Con este proceder, como se comprobará más adelante, la CS, para rechazar el recurso de nulidad hace, lo que para acoger el recurso niega. En efecto, respecto de la causal de la letra a) del artículo 373 CPP, refiere que la prueba no teñida por la ilegalidad comprobada es suficiente para mantener la convicción condenatoria, es decir, pondera el peso de esa otra prueba. Pero cuando analiza la causal de la letra e) del artículo 374 CPP, continuamente la desapueba porque considera que lo que pretende el recurrente es que valore prueba, actividad que le está vedada. Destacar esta discordancia en los razonamientos de la CS no supone ignorar que el objetivo de la última causal no puede consistir en una nueva valoración de la prueba por la CS, sino principalmente la revisión de los juicios inferenciales de la sentencia.

Creemos que este criterio de la CS sólo podría aceptarse de ser palmario que los antecedentes derivados de la actuación ilegal en caso alguno inciden en la decisión impugnada o si su contribución ha sido extremadamente marginal frente al cúmulo de probanzas de cargo respecto del mismo asunto, por ejemplo, tratándose de la declaración de la cónyuge del acusado a la que no se advierte de la facultad de no declarar según el artículo 302 CPP, pero que sólo relató que no estuvo presente cuando ocurren los hechos imputados y nada sabe sobre los mismos.

El examen del extremo de la sustancialidad de la infracción, hace menester algunas observaciones y aclaraciones indispensables en relación a alegaciones de quiebre o interrupción de la cadena de custodia y juicios no presenciales o semipresenciales.

Sobre lo primero, en el Rol N° 14.771-20 de 16 de abril de 2020 se resolvió por la CS que: *“La alegación de que el arma no fue debidamente sellada y que no se consignó la hora de su supuesto levantamiento debe igualmente ser desechada, al no explicitar el recurso cómo ello afecta sustancialmente el derecho de defensa del acusado”*. Consistente con este estándar, para fundar adecuadamente la sustancialidad de la infracción, en materia de tráfico de drogas por ejemplo, si el recurrente postula un defecto en la cadena de custodia, ello supone admitir que se incautó una sustancia -que el recurrente siempre descuida singularizar o describir en su libelo, según se constató en este estudio-, pero que ésta es distinta a la que fue objeto del informe pericial incorporado en el juicio, ya sea porque era menor en cantidad o pureza, lo que conllevaría una modificación de la calificación jurídica -de tráfico a microtráfico, de microtráfico a porte para consumo-, o un tipo de sustancia cuyo porte y tenencia no acarrea sanción penal o una menor. En sentido inverso, el defecto no sería perjudicial al imputado y, por ende, carente de sustancialidad.

²⁶ Similar justificación en el Rol N° 100.710-16 de 21 de febrero de 2017, Rol N° 97.242-20 de 7 de octubre de 2020 y Rol N° 42.776-20 de 29 de mayo de 2020. En el Rol N° 30.471-20 de 29 de mayo de 2020, la CS realiza esa valoración, pero concluye que la prueba ilegalmente incorporada sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 331 letra a) CPP, sí tiene esa influencia en lo dispositivo del fallo.

En lo que toca a los juicios no presenciales, las deficiencias que la CS ha venido observando sobre la falta de precisión al exponer o explicar los recurrentes la sustancialidad de la infracción, se aprecian también aquí.²⁷ En diversas ocasiones la CS reprochó que *“las argumentaciones formuladas por la asesoría letrada, tienen el carácter de genéricas, esto es, dicen relación con criterios predicables a todos los juicios de esta clase, y por ello este planteamiento que se hace a este tribunal, claramente, no deriva de la realidad del juicio que nos ocupa.”*²⁸

En el marco de lo que se ha venido exponiendo, si en el recurso se alega que en un juicio semipresencial no hubo un ministro de fe junto al testigo al momento de prestar declaración, por lo que no se pudo descartar que alguien dirigiera sus respuestas, el recurrente debiera postular que en este caso hay motivos fundados para creer que ello efectivamente ocurrió, por ejemplo, porque el testigo cambia sustancialmente su versión respecto de la que entregó durante la investigación, o porque no es posible que supiera la información que aporta a menos que un tercero se la hubiera suministrado, etc. En definitiva, el recurrente no puede pretender la nulidad del juicio por la omisión de una formalidad, trámite o requisito de una actuación, sin afirmar que la misma tuvo una consecuencia concreta perjudicial para el imputado. En el caso que analizamos, la presencia del ministro de fe busca evitar algo -entre otros fines, que el contenido de la declaración provenga del testigo y no de un tercero-, por lo que el recurrente debiera defender que hay motivos para sospechar que, en el caso particular que le atinge, ese riesgo se concretó, y ello no se puede excluir, precisamente por la ausencia de ese ministro de fe.

En otros términos, no parece razonable afirmar que por la ausencia de un ministro de fe no se descartó que no hubiera sido dirigida la declaración del testigo pero, a su vez, que no hay motivo para creer que ello haya ocurrido (porque, por ejemplo, el testigo durante la investigación siempre entregó esa versión y es concordante con la de otros testigos en igual situación) y, por lo tanto, de haber concurrido ese ministro de fe, la declaración hubiera sido exactamente la misma. A esto puede referirse la CS cuando critica las argumentaciones “genéricas”.

II. CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 LETRA B) CPP²⁹

1. INFLUENCIA SUSTANCIAL EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO

Esta exigencia legal conlleva que “necesariamente” el tribunal, de no haber cometido el error de derecho, debió haber absuelto o impuesto una pena inferior al acusado. De esa manera, si ausente el error el tribunal igualmente podría haber impuesto la pena cuestionada, el recurso será rechazado.³⁰

En el Rol N° 7.891-20 de 9 de marzo de 2020, se condena al acusado a la pena de siete años de presidio por el delito de tráfico de drogas, reconociendo el TJOP una atenuante. El recurrente reclama que el fallo *“no lo sustenta en ningún precepto legal para justificar la aplicación de la referida pena”*, resolviendo la CS que: *“la determinación de la pena constituye una labor privativa del órgano jurisdiccional cuya decisión se concreta en el fallo, de manera que la solicitud de la defensa en orden a imponer una pena menor no tiene influencia sustancial, pues al considerar la minorante de responsabilidad que admitieron los sentenciadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, impusieron la pena en el grado mínimo.”* Ahora,

²⁷ Se ha discutido sobre distintas deficiencias relacionadas con la circunstancia de llevarse a cabo el juicio de manera no presencial (Rol N° 112.392-20 de 3 de noviembre de 2020), o de forma semipresencial, en particular, que los jueces no aprecian directamente la rendición de la prueba (Rol N° 59.504-20 de 22 de junio de 2020 y Rol N° 85.077-20 de 24 de agosto de 2020), la falta de una comunicación efectiva entre defensa y acusado (Rol N° 90.633-20 de 11 de septiembre de 2020), las dificultades para realizar objeciones a las preguntas a testigos (Rol N° 97.242-20 de 7 de octubre de 2020), ausencia de un ministro de fe que corrobore que los testigos no toman contacto entre sí antes de sus declaraciones (Rol N° 76.689-20 de 25 de agosto de 2020, Rol N° 92.094-20 de 14 de septiembre de 2020 y Rol N° 104.468-20 de 13 de octubre de 2020), y no registrar la audiencia mediante grabación audiovisual sino únicamente a través de audio (Rol N° 92.094-20 de 14 de septiembre de 2020).

²⁸ Rol N° 59.504-20 de 22 de junio de 2020, Rol N° 85.077-20 de 24 de agosto de 2020, Rol N° 76.689-20 de 25 de agosto de 2020, Rol N° 92.094-20 de 14 de septiembre de 2020, Rol N° 104.468-20 de 13 de octubre de 2020 y Rol N° 112.392-20 de 3 de noviembre de 2020. Razonamientos similares en el Rol N° 90.633-20 de 11 de septiembre de 2020 y Rol N° 97.242-20 de 7 de octubre de 2020.

²⁹ Artículo 373 letra b) CPP: *“Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”*

³⁰ Este aspecto no está señalado en el CPP como uno de los que se revisan en el examen admisibilidad.

si lo que el recurrente controvierte -como en este caso-, es que el fallo no expresa las razones jurídicas para fijar la pena en siete años y no en cinco años y un día, la causal que debió invocar es la del artículo 374 letra e) CPP en relación al artículo 342 letra d).³¹

Por otra parte, la CS uniformemente ha expresado que la rebaja del grado de la pena por la concurrencia de atenuantes, siempre es facultativa y no imperativa para los sentenciadores, así en el Rol N° 244-20 de 14 de febrero de 2020: *“la opinión dominante estima que, dada la expresión ‘podrá’ que utilizan las reglas de los artículos 65 y siguientes del Código Penal, en relación a la concurrencia de dos o más atenuantes y ninguna agravante, estas normas otorgan una mera facultad a los jueces y no contienen un imperativo legal.”*

2. NO PUEDEN DESCONOCERSE LOS HECHOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA

Si el recurso se apoya en hechos diversos a los asentados por el TJOP, la CS generalmente desestimaré el arbitrio indicando, expresa o implícitamente, que debió interponerse también la causal del artículo 374 letra e) CPP, como ocurrió en el Rol N° 33.699-19 de 27 de enero de 2020: *“Que, en relación a la consideración de esta circunstancia calificante [artículo 19 letra a) Ley N° 20.000], los sentenciadores expresan los hechos por los cuales estiman que se configura, de modo tal que al estar asentados los presupuestos fácticos de ella, debe desecharse la causal de nulidad, al no haber sido cuestionados en el arbitrio impetrado”*,³² replicándose con la indirecta referencia a la causal de la letra e) del artículo 374 CPP la problemática ya descrita *at supra*.

3. ELEMENTOS CUYO ESTABLECIMIENTO SUPONE TASAR O EVALUAR LA ENTIDAD DE UNA CIRCUNSTANCIA O HECHO

3.1. Circunstancias modificatorias

En el Rol N° 29.063-19 de 6 de enero de 2020 se denuncia la inaplicación de la minorante del artículo 11 N° 9 CP, sentenciando la CS que *“La determinación de la concurrencia o no de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal constituye una labor privativa del órgano jurisdiccional cuya decisión se concreta en el fallo, de manera que la negativa a reconocer la circunstancia atenuante no configura una infracción de ley que tenga influencia sustancial en lo dispositivo del fallo”*.

Creemos que el razonamiento anterior únicamente puede referirse a aquellas modificatorias, respecto de las cuales para determinar si se presentan o no en el caso concreto, se requiere tasar o justipreciar la intensidad o la cuantificación de una circunstancia o hecho que sólo puede realizarse mediante la apreciación o valoración de la prueba, por ejemplo, si la reparación del artículo 11 N° 7 CP es celosa o no, o si los actos de colaboración que realizó el acusado pueden considerarse o no como sustanciales para el esclarecimiento de los hechos, en la forma que exige el artículo 11 N° 9 CP. Por ende, fuera del supuesto recién explicado, lo razonado por la CS no puede extenderse a la definición e interpretación de los alcances de los requisitos legales de una modificatoria, como si para admitir una minorante el fallo exige requisitos no previstos expresamente en la ley y que tampoco se deducen de su interpretación conforme a los principios del derecho penal.

3.2. Elementos del tipo penal

Lo recién explicado puede predicarse igualmente de los elementos del tipo penal que requieran esa valuación, como determinar si el fuego se tornó o no ingobernable en el delito de incendio del artículo 477 N° 1 CP, como se discurre en el Rol N° 14.771-20 de 16 de abril de 2020: *“En lo atingente al supuesto error de derecho cometido al calificar el delito de incendio, por cuanto el fuego jamás se tornó ingobernable, (...) Como resulta de claridad meridiana con el texto transcrito, tal defensa del arbitrio se sustenta en una circunstancia factual distinta a la que se tuvo por cierta en el juicio y que sólo puede determinarse mediante la valoración de la prueba, ámbito ajeno al propio de esta causal de nulidad que sólo incumbe a la correcta aplicación del derecho material a los hechos sentados en el juicio.”* Asimismo cuando se trata de determinar si la cantidad de droga poseída es para un consumo “próximo”, que permita subsumir la conducta en la falta del

³¹ Sobre la falta de influencia en lo dispositivo, en relación a la aplicación de los artículos 74 CP o 351 CPP, v. Rol N° 33.699-19 de 27 de enero de 2020

³² Misma base de fundamentación en el Rol N° 36.181-19 de 6 de marzo de 2020, Rol N° 30.163-20 de 18 de mayo de 2020 y Rol N° 24.703-20 de 2 de julio de 2020.

artículo 50 de la Ley N° 20.000, declarándose en el Rol N° 20.936-20 de 30 de abril de 2020: “*Que esta Corte comparte lo razonado por los sentenciadores de la instancia respecto de la calificación jurídica de los hechos acreditados en autos -previo análisis de las probanzas rendidas en juicio-, toda vez que, del mérito de dichos elementos probatorios, se arribó a la conclusión que no se reúnen los presupuestos señalados en la ley para calificar al consumo alegado por la defensa del encartado como ‘próximo’ en el tiempo, puesto que, al tratarse de un elemento normativo del tipo, corresponde a los adjudicadores colmarlo en atención a las circunstancias del caso y, en la especie, con el patrón de consumo señalado por el propio encartado, no se entiende por qué, éste, si no venía de haber comprado los 10 comprimidos de MDMA, los andaba portando todos entre sus pertenencias, máxime si el control policial se produjo un día martes en la tarde, en circunstancias que el imputado se dirigía a uno de sus trabajos, y no a una fiesta, lugar en el cual él dijo que consumía ese tipo de sustancias.*”

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

En lo concerniente a los elementos subjetivos del tipo penal, la CS ha sido vacilante al definir si se trata de una cuestión de establecimiento de hechos o de calificación jurídica de los mismos.

En el Rol N° 14.771-20 de 16 de abril de 2020 la CS estima que determinar si el acusado tenía o no ánimo de apropiación, para zanjar su correcta calificación jurídica, es una cuestión factual: “*Que, finalmente, la causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se funda, en un primer orden, en haberse calificado los hechos como delito de robo con intimidación, en circunstancias que más bien se estaría ante la figura atípica de hurto de uso, reclamo que deberá ser rechazado porque un ánimo diverso al de señor y dueño, como el de restituir el objeto sustraído a su legítimo poseedor o dueño, no fue demostrado en el juicio -en el considerando 9° letra b) se tiene por ‘fehacientemente justificada’ que la intimidación estaba ‘destinada a apropiarse de su especie con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño’ y que no se contó ‘con antecedente probatorio alguno para sustentar que la intención de quienes amenazaron a la víctima y luego sustrajeron el furgón haya sido solamente aprovechar el uso del vehículo’-, lo que importa que el recurso se basa en circunstancias fácticas no demostradas que obstan que su alegación pueda ser acogida*”.

De lo extractado, parece desprenderse que, en el caso del dolo, la CS estimaría que si la sentencia estableció que el imputado conocía o previó el resultado de su conducta, y lo buscó o aceptó, no puede analizar si se trata más bien de una actuación culposa, porque ello implicaría revisar y modificar los hechos que se tuvieron por ciertos por el TJOP. Sin embargo, en el Rol N° 2.882-17 de 13 de marzo de 2017, la CS parece apuntar en sentido inverso, al acoger la causal en estudio indicando que se trata de culpa consciente y no dolo eventual -para lo cual reevalúa las circunstancias fácticas fijadas- y, por ende, en la sentencia de reemplazo cambia la calificación de homicidio doloso a culposo.

III. CAUSAL DEL ARTÍCULO 374 LETRA E) CPP³³

1. INFRACCIONES COMPRENDIDAS POR ESTA CAUSAL Y SU NATURALEZA

Las reglas de la sana crítica, cuya desatención en el establecimiento de los hechos por el TJOP es uno -no el único- de los aspectos cubiertos por esta causal, son normas sustantivas -reguladoras de la prueba-, desde que limitan la libertad del juzgador en la valoración de las probanzas y, por ende, en principio corresponden a un *error in iudicando* -y no a uno *in procedendo*-, rótulo que justamente se les da en materias no penales en que la prueba se pondera conforme a esas reglas, como en el derecho tributario (artículo 132 del Código Tributario) y el marcario (artículo 16 de la Ley N° 19.039), que permiten reclamar de su quebrantamiento mediante el recurso de casación en el fondo del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el CPP innova en esta materia, y en la causal en análisis funde defectos de dispar naturaleza, esto es, la errónea aplicación de normas reguladoras de la prueba y defectos de fundamentación, debiendo entenderse que el vicio se comete al motivar o explicar el fallo la forma en que establece los hechos, entre otras causas, porque en esa explicación no respeta las reglas de la sana crítica, es decir, el CPP lo regula en último término como un error *in procedendo*.

³³ Artículo 374 letra e) CPP: “*Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*”.

Ahora bien, la Segunda Sala de la CS, dado que además del área criminal, precisamente conoce de asuntos impositivos y de propiedad industrial, ello ha llevado a que trate generalmente la causal en estudio como una de derecho sustantivo -error *in iudicando*-, y en particular, de manera muy similar a la errónea aplicación del derecho de la casación en el fondo, lo que trae aparejado tres trascendentales consecuencias: primero, requerir el mismo estándar de fundamentación de la casación en el fondo, en tanto recurso extraordinario y de derecho estricto, en cuanto explique el libelo con especificidad la regla vulnerada, cómo ha ocurrido esa infracción y su influencia en lo dispositivo del fallo; segundo, considerar cualquier reclamo que no cumple tales altos requerimientos como una mera discrepancia en la valoración de los hechos, propia de un recurso de apelación; y, tercero, pasar por alto que se puede incurrir en la causal por un defecto distinto al apartamiento de las reglas de la sana crítica en el establecimiento de los hechos.³⁴

En efecto, la causal en comento no necesariamente requiere argüir que se ha omitido “*La exposición clara, lógica y completa (...) de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297*” CPP (segunda parte del artículo 342 letra c) CPP e inciso 1° artículo 297 CPP), es decir, una infracción de las reglas de la sana crítica en el establecimiento de los hechos. También puede afinarse esta causal en incumplir los siguientes deberes de fundamentación: a) la primera parte del artículo 342 letra c) CPP: “*La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado*”; b) el inciso 2° del artículo 297 CPP: “*El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo*”; y c), el inciso 3° del artículo 297 CPP “*La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.*”

El que se pueda revisar bajo esta causal si la fundamentación permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia, abre la puerta para una revisión integral y efectiva de la motivación del fallo en el establecimiento de los hechos, derecho reconocido en los fallos Herrera Ulloa v. Costa Rica y Norín Catrimán v. Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .

Así, el control del razonamiento probatorio del fallo, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, permite revisar las inferencias probatorias que de la percepción de la prueba extrajo el tribunal: como la inferencia inductiva derivada de un medio de prueba, la corroboración o refutación de esa inferencia y el descarte de todas las demás hipótesis compatibles con la inocencia del acusado (excepto las hipótesis *ad hoc* que no son empíricamente contrastables).

La misma CS ha reconocido estos deberes de motivación que exceden el mero respeto de las reglas de la sana crítica, al señalar en el Rol N° 14.751-20 de 6 de abril de 2020, “*Que, en lo atinente a la segunda causal subsidiaria la defensa de F.P.E.G, J.I.S.B y M.A.G.B, del artículo 374 e), del Código Procesal Penal en relación con los requisitos contemplados en el artículo 342, letras c), d) o e), del mismo cuerpo legal, sobre la motivación de una sentencia, que no se habrían cumplido, cabe manifestar en primer término, que esta Corte Suprema, ha resaltado la importancia que todo fallo cumpla con los fundamentos de claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben observar los fallos (Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XXV, Sección 1ª, pág.*

³⁴ Lo último se observa en el Rol N° 2.895-20 de 4 de marzo de 2020: “*Por ello, no resultan efectivos los defectos que postulan las defensas en cuanto a la falta o incompleta valoración de la prueba, ni la omisión de análisis de todos los argumentos de la defensa, pues la sentencia atacada cumple con todas las exigencias antes referidas. En efecto, el tribunal expone latamente todas las reflexiones que condujeron inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye a los acusados, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Lo razonado para desvirtuar las argumentaciones de la defensa, no se traduce, por sí solo, en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados –las que por lo demás, no se denunciaron como infringidas en los arbitrios en estudio-, pues el fallo aporta los motivos y expresa con claridad cómo y por qué arribó a una determinada conclusión.*”

156, año 1928). En este ha resuelto la jurisprudencia nacional que hay ausencia de fundamento tanto cuando este se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad; y que la motivación de las sentencias constituye una faceta o cariz de un justo y racional procedimiento como exige nuestra carta fundamental, que debe cumplirse, por ser esta la ocasión en que el Estado, por medio del órgano jurisdiccional, responde al derecho de petición y especialmente a la acción intentada en el proceso, lo cual, sin duda, debe tener en consideración el tribunal superior al revisar eventualmente la decisión”.³⁵

Reclamar en el recurso el incumplimiento del deber de exponer la fundamentación que permita la reproducción del razonamiento utilizado, evita las dificultades de invocar el principio de razón suficiente -al que usualmente se echa mano-, y puede ser más efectivo para protestar por un defecto o vacío -salto lógico o laguna- en las inferencias que realiza el fallo. Si bien, generalmente una sentencia que valora la prueba en contradicción a una regla de la sana crítica, será un fallo cuya fundamentación no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones, ello no importa, a *contrario sensu*, que una sentencia que no incurrió en contradicción con una regla de la sana crítica al valorar la prueba necesariamente cuente con una fundamentación que permita la reproducción del razonamiento utilizado para arribar a sus conclusiones.

2. ESTABLECIMIENTO DE LOS HECHOS EN CONTRADICCIÓN A LA REGLA DE LA RAZÓN SUFICIENTE

El principio de la razón suficiente es la regla de la sana crítica frecuentemente invocada como conculcada en el establecimiento de los hechos, y con la misma frecuencia es desestimada por la CS al considerar que se trata de una mera discrepancia en la valoración de la prueba entre el tribunal y el recurrente, como se sostuvo en el Rol N° 33.150-20 de 11 de mayo de 2020: “*En rigor, del tenor del recurso se desprende claramente que lo que se intenta impugnar es la valoración que hizo el tribunal y en base a la cual fijó los hechos en lo que se refiere al delito de tenencia ilegal de arma de fuego, conforme a los cuales calificó la participación del encartado en el mismo, así como las razones que llevaron a desestimar las propuestas de la defensa. De esta forma, lo que destaca del libelo son ciertas contradicciones o insuficiencias que surgirían de un análisis individual de las probanzas; pero esas protestas sobre la apreciación, más propias de un recurso de apelación, carecen de la eficacia legal requerida para configurar una causal de nulidad como la intentada.*”³⁶

Haciendo una excepción a la tendencia descrita, en el Rol N° 33.238-20 de 26 de mayo de 2020, se acoge el recurso por quebrantamiento del principio de razón suficiente, causa en la que se condenó por el delito de receptación, estableciendo el fallo de la instancia que el imputado conocía o no podía menos que conocer el origen ilícito del vehículo en el que es sorprendido, por encontrarse en su interior en la parte de atrás, tratándose de un auto abierto que no pertenecía al imputado. Expresa la CS: “*que un vehículo motorizado se encuentra estacionado en la vía pública, sin llave y con su interior desordenado, no puede llevar a establecer como necesaria consecuencia que ello permita conocer que proviene de la comisión de un delito, toda vez que tal estado puede derivar de distintos motivos (como por ejemplo, que el dueño olvidó cerrarlo). Tampoco se puede concluir tal conocimiento a partir del hecho que el vehículo no era de propiedad del acusado, toda vez que tal circunstancia simplemente solo permite establecer que, en el peor escenario, tenía la intención de sustraer las especies que estaban en el interior, pero no necesaria e ineludiblemente que supiera que provenía de un ilícito./ En suma, no existen premisas a partir de las cuales construir el hecho que da por establecido el tribunal de la instancia, del momento que no son unívocas, esto es, que a partir de ellas se pueda deducir o inferir una única conclusión, en este caso, el conocimiento del origen ilícito de la especie o la concurrencia del dolo como elemento del tipo penal./ Sigue de ello que los razonamientos respecto de la faz subjetiva del delito contravienen el principio lógico de razón suficiente, esto es, que el hecho que se da por probado debe tener una causa o razón determinante que lo explique, de tal modo que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. Tal no acontece en el fallo impugnado, como ha quedado más arriba dicho.*”

³⁵ En el mismo sentido Rol N° 8.167-08 de 21 de diciembre de 2010, Rol N° 3.696-08 de 21 de diciembre de 2010 y Rol N° 8.314-09 de 27 de enero de 2011. Clarificadora también sobre este asunto, Rol N° 42.776-20 de 29 de mayo de 2020.

³⁶ Misma línea argumental en el Rol N° 15.028-20 de 19 de marzo de 2020, Rol N° 36.168-19 de 24 de febrero de 2020 y Rol N° 14.751-20 de 6 de abril de 2020.

El yerro reseñado pudo haber sido analizado como un error inferencial del fallo, al no permitir su fundamentación la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar la conclusión de que el imputado sabía o no podía menos que saber que se trataba de un auto robado, en particular, por no descartar las demás hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que se desprenden de la misma prueba rendida y hechos establecidos. Lo anterior revela y confirma que la CS acota equivocadamente el campo de la causal de la letra e) del artículo 374 CPP a las infracciones a las reglas de la sana crítica y, por ende, tiende a reconducir todo defecto de fundamentación en el establecimiento de los hechos a ese tipo de transgresión.

3. DETERMINACIÓN DE LA INFLUENCIA EN LO DISPOSITIVO DEL ARTÍCULO 375 CPP, SEGÚN EL MÉRITO DE LA PRUEBA NO AFECTADA POR EL VICIO O DEFECTO

La CS condiciona el éxito de esta causal a la comprobación de que el vicio planteado por el recurrente tenga influencia en la parte dispositiva del fallo impugnado, extendiendo de ese modo el alcance del artículo 375 CPP³⁷ y, además, decide tal cuestión según el mérito de la prueba no tocada por el defecto denunciado. Las dificultades que trae consigo este criterio ya fueron comentadas *at supra* en relación a la causal de la letra a) del artículo 373 CPP, esto es, que la CS realice valoraciones de la prueba para estimar si el vicio reviste o no influencia en lo resolutivo de la sentencia y, además, que esas valoraciones se hagan de modo aritmético, como se observa en el Rol N° 15.028-20 de 19 de marzo de 2020: *“incluso de haberse dado valor a los videos desaprobados por el fallo, no hay elementos para afirmar que ello habría impedido alcanzar convicción condenatoria, lo que evidencia que ese supuesto yerro en la fundamentación del fallo, en todo caso, carece de influencia en lo dispositivo y sin la cual el recurso en esta parte no puede prosperar, como prevé el artículo 375 del Código Procesal Penal.”*

³⁷ Artículo 375 CPP: *“Defectos no esenciales. No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso”*.